

LA CENSURA PREVIA DEL DISCURSO COMUNICATIVO. EN LA BÚSQUEDA DE UN CONTROL ANTICIPADO Y JUDICIALIZADO*

Víctorhugo Montoya Chávez**.

Resumen

Si bien desde una lectura literal de las normas internacionales sobre los derechos comunicativos, la censura previa debe estar proscrita, en virtud de que imposibilitaría y debilitaría el libre ejercicio democrático en la región, máxime si la Corte Interamericana ha insistido en tal exégesis, existen supuestos determinados en que un control judicial previo sí ha de ser admitido. Al igual que la expresión y la información, la censura previa también tiene límites, los mismos que reposan en el respeto de los derechos y libertades de los demás. Un análisis ponderativo de ambos grupos de intereses nos llevaría a una conclusión coherente desde el punto de vista constitucional, y ceñida a la interpretación unitaria de las normas jurídicas, pues no es válido en un Estado democrático y social de derecho, proteger un derecho para desnudar y desdeñar otros más. He ahí donde surge un rol trascendente del juez constitucional, para que a través del proceso de amparo, pueda controlar debida y anticipadamente los excesos de quienes comunican, y cuyo discurso muchas veces nada tiene que ver con el fortalecimiento democrático de un país, sino más bien con el chisme, las ventas o el rating.

Palabras clave: Derechos comunicativos, censura previa, control judicial previo, juez constitucional, proceso de amparo.

* El presente artículo profundiza ampliamente un estudio publicado en el Perú: "La censura previa judicializada. Las dificultades de limitar su irrestricto contenido constitucional", en *Actualidad jurídica*, 2005, núm. 134, pp. 137-145.

** Abogado. Asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú. Profesor de pregrado y postgrado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de postgrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. Introducción

Existe un tema muy sensible en la sociedad jurídica latinoamericana, regido en cierta forma por la intervención jurisprudencial de los organismos supranacionales. Éste se refiere al hecho concreto que la censura previa sigue estando vigente en nuestros países, lo cual constituiría un peligro para la práctica periodística, sobre todo tomando en cuenta recientes aires antidemocráticos que se empiezan a vivir en la región, básicamente de la Corte Interamericana. Pero el problema del ejercicio correcto de su tan mentada 'libertad de expresión' no tiene que ver en estricto con temas políticos, sino con temas tan cotidianos que cualquiera de nosotros puede estar inmerso en ellos. Programas como los *talk show*, los de espectáculo o los *reality show* se presentan como una muestra palpable de ello.

De hecho, cuando una persona ve televisión, disfruta de una película, lee un periódico, ojea una obra literaria, goza de internet o escucha radio, rápidamente puede dejar de hacerlo si no es de su agrado lo que se está comunicando. Lamentablemente, una decisión individual de este tipo puede resultar ineficaz e exigua si el problema proviene de la actuación irresponsable -y hasta cizañosa- de los *media* en contra de dicha persona. Ahora bien, al percatarse de una inminente vulneración de alguno de sus derechos fundamentales, a ella sólo le quedará ser lo suficientemente paciente como para esperar que tal afectación se produzca, y únicamente después (no *ex ante*), poder actuar. En esto se sustenta la idea de la proscripción de la censura previa en nuestros sistemas jurídicos, que hoy puede llegar a ser materia de crítica.

A mi modesto entender, cada uno de los derechos reconocidos en las Normas Fundamentales requieren ser efectivos en la realidad, ante lo cual muchas veces demandan la posibilidad de prevención ante un posible atentado, aunque en el caso de la relación entre los derechos de respeto propio (honor y vida privada) y de comunicación del discurso (expresión e información), se ha optado con claridad por los segundos respecto a una prevención de la vigencia de los primeros. Se ha usado una fórmula bastante restrictiva para su defensa. Pero, el posible receptor del daño, ¿tiene alguna opción de impedir esta afectación? Formular una respuesta constitucional a esta interrogante es lo que intento realizar en las siguientes líneas¹.

1. En el desarrollo del presente artículo se utilizarán diversas siglas: C (Constitución), CPCo (Código Procesal Constitucional), CC (Código Civil), CdePP (Código de Procedimientos Penales), CPCi (Código Procesal Civil), PIDCP (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), CADH (Convención Americana sobre Derechos Humanos), CEDH (Convención Europea de Derechos Humanos), OEA (Organización de Estados Americanos), TP (Tribunal Constitucional), PJ (Poder Judicial), CS (Corte Suprema), CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), CmIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), CmEDH (Comisión Europea de Derechos Humanos), TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), CDH (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas), STC (Sentencia del Tribunal Constitucional), DFT (Disposición Final y Transitoria), TP (Título Preliminar).

II. La imposibilidad constitucional de censura previa

La vulneración de la independencia de los medios de comunicación social por parte de los gobiernos, sobre todo de los dictatoriales, ha motivado que se tome una postura bastante radical respecto a la censura previa. En el caso peruano, la experiencia nefasta de los Estatutos de Prensa durante la dictadura militar de los años setenta, hace que se vea con reparos toda interdicción anticipada del discurso a ser emitido, lo cual se convirtió en la precisa *ocassio legis* que se requería para constitucionalizar tan favorablemente los derechos a la expresión y a la información en 1979, fórmula reproducida en 1993. Es así como la norma constitucional es lo suficientemente clara e inequívoca como para poder señalar que se encuentra proscrito todo tipo de censura previa al contenido de un discurso. El ejercicio de los derechos a la expresión y a la información se debe construir “sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos”². Aprovechando el reconocimiento del bloque de constitucionalidad internacional de este precepto³, merece la pena mencionar que, a partir de las convenciones universal y americana, también se ha admitido que los derechos de comunicación del discurso no pueden estar sujetos a previa censura sino, más bien y exclusivamente, a responsabilidades ulteriores⁴.

Detrás de un precepto de esta índole, se encuentra reflejada la intención del constituyente de darle un cierto valor superlativo a los derechos de comunicación del discurso, al impedir toda protección anticipada de otros derechos fundamentales. Una figura así tiene mayor coherencia en un sistema como el estadounidense, en el cual se promueve una lista excluyente de valores que aseguraría la solución del conflicto entre derechos de una manera adecuada, en el que la información y expresión asumen una *preferred position*, al ser la *freedom of speech*, condición indispensable de casi todos los derechos fundamentales⁵.

2. C, 2.4, norma de fuerte arraigo latinoamericano, al aparecer en las Constituciones de Chile [C, 19.12], además de Costa Rica [C, 39], Honduras [C, 72], Argentina [C, 14.e], Paraguay [C, 26 (sobre todo, legal)], Nicaragua [C, 67], México [C, 6 (básicamente, judicial y administrativa), 7], República Dominicana [C, 8.6], Brasil [C, 5.IX, 220.1], El Salvador [C, 6], Panamá [C, 37], Colombia [C, 20.b], Uruguay [C, 29] y Guatemala [C, 35].

3. C, IV-DFT; CPCo, V-TP: los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución se interpretan de acuerdo a lo previsto por los instrumentos internacionales de derechos humanos.

4. PIDCP, 13.2; CADH, 13.2.

5. CS ESTADOUNIDENSE, Sentencia *Palko v. Conneticut*, fundamentos del juez Cardozo, posición también recogida por el TC ALEMÁN, Sentencia *Lüth*, *BverfG* 12, 133, ss.

Pero el sistema que rige nuestros países no es el anglosajón, sino el denominado romanista, cuyas bases de desarrollo histórico e ideológico son de distinta calidad. Es así como en nuestro Constitucionalismo lo que se ha propuesto es la figura del 'efecto irradiante' de la información y la expresión, posición con la que coincido, pero que no es óbice para reconocer un mayor valor a estos derechos, excesiva interpretación de dicha figura con la que sí discrepo, pues una posición prevalente -no es jerárquica, por cierto- como la propuesta es lejana a la intención real del espíritu constitucional de igualdad entre los derechos y su categorización solamente puede poseer algo de eufemística⁶. Lo que es imposible negar es que la comunicación del discurso sí llega a permitir una formación verdadera de la opinión pública de una comunidad⁷, constituyéndose en una pretensión ineludible de toda sociedad democrática⁸. La nueva vertiente de estos derechos -según un corte institucional, valorativo, democrático y social- precisa una dimensión objetiva y no sólo subjetiva de los mismos y permite considerarlos, como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la 'piedra angular de los principios de la democracia'⁹.

Respecto al supuesto lugar que deben ocupar los derechos a la expresión y a la información, la CIDH ha reconocido "la prohibición de la censura previa la cual es siempre incompatible con la plena vigencia de los derechos enumerados por el artículo 13, salvo las excepciones contempladas en el inciso 4 referentes a espectáculos públicos, incluso si se trata supuestamente de prevenir por ese medio un abuso eventual de la libertad de expresión. En esta materia toda medida preventiva significa, inevitablemente, el menoscabo de la libertad garantizada por la Convención"¹⁰. De otro lado, la CDH considera que la irrestricta posibilidad de vigilar

6. HERRERO-TEJEDOR, Fernando. Honor, intimidad y propia imagen. 2ª ed. Madrid: Colex, 1994, p. 121.

7. Entre diversos autores, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio. Temas de Derecho Penal. Lima: Cultural Cuzco, 1993, p. 296; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José. "Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y derecho a la información", en Revista Española de Derecho Constitucional, año 8, núm. 23 (1998), p. 145; ZÚÑIGA URBINA, Francisco. "Libertad de opinión e información", en Revista de Derecho, año LXIII, núm. 197 (1995), p. 183.

8. Sobre la relación ciudadano y Estado en la comunicación del discurso, revisar DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 1995, p. 171; OSORIO MELÉNDEZ, Hugo. Políticas de Información y Derecho. Santiago: Universidad Metropolitana de Ciencias de la Comunicación, 1997, p. 94; BISBAL, Marcelino. "Pensar la democracia desde la comunicación", en Comunicación, primer trim., núm. 101 (1998), p. 17; JAÉN VALLEJO, Manuel. Libertad de expresión y delitos contra el honor. Madrid: Colex, 1992, pp. 22, 43.

9. Los derechos a la expresión y a la información aparecen como "una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quien desee influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente" [CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 70; reiterada en Informe Anual de 1994, Capítulo V, Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos].

De la misma forma, fueron considerados por la extinta CmEDH [Informe, Caso Glasenapp, de 1984], y hoy seguido por el TEDH [Sentencias, Caso Handyside, de 1976, y Caso Lingens, de 1986].

10. CIDH, Opinión Consultiva OC-5/85, Colegiación Obligatoria de Periodistas, párr. 38.

opiniones e informaciones puede dar origen a una serie de abusos, al poder interpretar las autoridades que cualquier crítica al gobierno se encuentre prohibida¹¹. Queda claro, entonces, que en el orden internacional la censura previa de los derechos de la comunicación del discurso debe quedar totalmente desterrada. Entonces, a salvedad del caso claramente enumerado en sede americana, la interdicción de la censura previa es absoluta, al constituir una indicación de la importancia asignada a la necesidad de expresar y recibir cualquier tipo de discurso¹². Esta orientación, a entender de la Relatoría para la Libertad de Expresión de la OEA, significa que la imposibilidad de censura previa constituye una garantía de protección de los derechos involucrados¹³. Se puede desprender, en efecto, que interpretando la norma constitucional a la luz de la legislación internacional, ésta se encuentra cerrando todo camino para permitir alguna forma de censura previa.

Ante la sólida postura asumida en el ámbito internacional, en el nacional se está ingresando en un interesante cambio de línea jurisprudencial. Originariamente, el TC peruano asumió una orientación muy clara, aunque no por ello del todo correcta, según los parámetros que acabo de explicar. En un proceso de amparo interpuesto contra el director de un programa radial noticioso -de nombre 'Acontecer', de Radio Frecuencia 2000-, se logra analizar la conveniencia de haber propalado una serie de notas difamantes que agravian el honor y buena reputación del recurrente, ante lo cual se solicita que cese la violación de sus derechos. Ante tal petitorio, se declaró improcedente el pedido en virtud "que la posición central que ocupan las libertades de información y expresión en la formación de una opinión pública libre, presupuesto de la configuración del Estado como un Estado Democrático de Derecho, conforme reza el artículo 3º y 43º de la Carta Constitucional, impide que cualesquiera sean las circunstancias, éstas se encuentren sujetas a unos límites de carácter preventivo, por medio de los cuales pueda impedirse el ejercicio de tales libertades como consecuencia del dictado de un mandato judicial de prohibición"¹⁴.

Llamativa la posición que había asumido el TC, que felizmente ha sido en cierta forma limitada en reciente jurisprudencia: "El ejercicio del derecho a la información no es libre ni irrestricto; por el contrario, está sujeto a ciertos condicionamientos que deben ser respetados dentro de un Estado democrático y social de derecho. Sólo así, con los límites que se deben encontrar en la propia Constitución, el derecho a la información podrá convertirse en la piedra angular de la democracia"¹⁵.

11. CDH, Informe Nicaragua, de 1981.

12. CmlDH, Informe 11/96, caso n° 1 230 (Francisco Martorell c/ Chile), 3 de mayo de 1996; en igual sentido, Informe Anual 1982-1983. p. 22; Informe Cuba (1983), párr. 30, 35.

13. RELATORÍA PARA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA OEA. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión. Washington: CIDH, 1999, p. 21.

14. TC, STC N.º 829-98-AA/TC, fund. 2.

15. TC, STC N.º 6712-2005-HC/TC, fund. 36.

III. De la censura al control

Entonces, ha de quedar manifestado que no puede ser tan pacífica la aceptación de una interpretación hermenéutica del precepto reconocido en sede constitucional. Como bien se ha ido señalando, creo que la 'opción' de preferencia asumida desde la propia Constitución a través de una limitada interpretación (se basa solamente en lo que el enunciado normativo señala y no en el sentido real de la norma), debe ser tomada con pinzas. A partir del parámetro constitucional de concordancia interna y gracias al sentido de coherencia y plenitud de la Constitución, no puede asumirse válidamente la ineficacia parcial de un derecho fundamental. Así, si a alguien lo han filmado sigilosamente en la habitación de un hotel con su pareja pero antes de que se emita el programa televisivo que lo va a hacer público, uno se entera de esa captación de imagen, lógicamente querrá impedir su reproducción, pero, ¿por qué esperar hasta que se evapore nuestra vida privada al ser conocida por todos para darle recién una protección posterior?

Desde el punto de vista literal, se debe diferenciar qué se entiende por los tres términos que la propia Constitución peruana recoge como parte de la censura previa, proporcionándole a cada uno de estos supuestos un contenido particular¹⁶. La *autorización previa* consiste en solicitar permiso a alguna autoridad para ejercer el derecho, la que podría no concederlo sin mediar razón alguna. La *censura previa propiamente dicha* se da en la revisión de aquello que se va a informar, opinar, expresar o difundir, con la opción del veto. El *impedimento previo* se refiere a la implementación de algún obstáculo¹⁷ o prohibición para ejercer estos derechos. No obstante ello, se debe empezar a delimitar correctamente el ámbito de conceptos como los presentados. En primer lugar, el permiso no estará incluido como parte de la censura previa si es necesario en virtud de la naturaleza del derecho, como cuando la televisión y la radio exigen ondas electromagnéticas para su transmisión, la cual normalmente es otorgada por el Estado¹⁸, pues tal como lo expresa la Ley de Radio y Televisión, "para la prestación de los servicios de radiodifusión, en cualquiera de sus modalidades, se requiere contar previamente, con autorización otorgada por el

16. Un estudio de este tipo puede encontrarse, entre otros muchos, en BERNALES BALLESTEROS, Enrique. La Constitución de 1993. Lima: CIEDLA – Konrad Adenauer, 1996, p. 99.

17. Entre ellos, no puede considerarse, como sucede en Chipre, la estipulación de las condiciones de trabajo a los periodistas [C, 19.3].

18. No se considera esta licencia como parte del control previo en Azerbaiyán [C, 10 (funcionamiento técnico de telefonía, telegrafía, postes, radiodifusión inalámbrica o televisión)], Chipre [C, 19.5], Brasil [C, 223. (otorgar y renovar concesiones, permisos y autorizaciones para el servicio de radiodifusión sonora y de sonidos e imágenes)], Guatemala [C, 35 (imposibilidad de ser usada como censura indirecta)]. Y en la normatividad europea [CEDH, 10.1 ("no impedirá a los Estados someter a las empresas difusoras, de televisión o cinematográficas a un régimen de autorización")].

Ministerio. La autorización es la facultad que otorga el Estado a personas naturales o jurídicas para establecer un servicio de radiodifusión¹⁹. En segundo término, no pueden ser consideradas censura previa el recojo de material impreso²⁰ o ciertas autorizaciones para el funcionamiento de los medios escritos.

De lo que se puede observar, la intención de la existencia de la proscripción de censura previa es simplemente diáfana²¹: **busca evitar la existencia de cualquier tipo de examen administrativo, político o económico respecto a un discurso**. Por ende, los derechos comunicativos habilitan exigir a los poderes públicos la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten extraordinariamente su ejercicio²². Un buen ejemplo de lo señalado se encuentra en dos casos nacionales, resueltos en sede constitucional, en la que se impone límites de actuación preventiva a los gobiernos municipales cuando buscan poner coto a los excesos mediáticos.

El primer caso se presenta cuando la Municipalidad de Lima Metropolitana determinó la clausura de dos cines -Teatro Colón y República-, teniendo en cuenta la moral y buenas costumbres del vecindario de Lima Monumental²³, toda vez que las películas emitidas en los establecimientos cinematográficos era del tipo pornográfico. Los dueños de dichos locales -Cines y Servicios S.A. y Multifilms S.A.- presentaron una demanda de amparo, la misma que fue resuelta en el Poder Judicial. En la sentencia se expone que al "catalogar dichas películas de 'atentatorios de la moral y de la buena costumbre', se está efectuando una revisión de aquello que se está difundiendo (léase películas), lo que constituye una censura, violándose así la libertad de difusión", por lo que "toda norma reglamentaria debe responder al interés general del vecindario, conteniendo un mandato impersonal lo que no hace la Municipalidad, ya que estaría imponiendo restricciones en salvaguarda de la moral únicamente a las empresas cinematográficas ubicadas en el área monumental de Lima"²⁴.

19. LRT, 14.

20. Éste es el sentido dado en Bulgaria [C, 40.2] y Chipre [C, 19.5 (se requiere autorización del Fiscal General de la República y confirmación por auto del Tribunal competente, en un periodo de 72 horas)].

21. Sentido recogido por SAGÜÉS, Néstor Pedro. Derecho Constitucional y Libertad de Prensa: Nuevas Perspectivas (Doctrina Constitucional). Trujillo: Libertad, 1992, p. 20.

22. POLO SABAU, José Ramón. Libertad de expresión y derecho de acceso a los medios de comunicación. Madrid: CEC, 2002, p. 28.

23. Decreto de Alcaldía N.º 023-97-MML, sobre la base de Ordenanza Municipal N.º 071-94.

De otro lado, existió un Decreto de Alcaldía 14-99-MDS, referida al 'Reglamento para la realización de espectáculos no deportivos' en la jurisdicción de Surco, en el que se señalaba que cuando la Municipalidad juzgue "que una obra cuya representación ha sido autorizada puede despertar pasiones o ideas contrarias al orden público podrá suspender temporal o definitivamente su representación", norma que fuera modificada gracias a las recomendaciones de la Defensoría del Pueblo [DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Situación de la Libertad de Expresión. Informe n.º 48. Lima, 2000, p. 188].

24. SALACORPORATIVA TRANSITORIA ESPECIALIZADA EN DERECHO PÚBLICO DE LA CORTES SUPERIOR DE LIMA, Sentencia, Resolución N.º 922, Expediente N.º 1003-98, fund. 5.

El siguiente proceso también se resuelve sobre la base del ámbito de aplicación de la norma de protección de la comunicación del discurso. La Municipalidad de Lince emitió una ordenanza, según la cual no se podía exhibir en la parte externa de kioscos y puestos de venta de periódicos y revistas "a) imágenes de personas desnudas o semidesnudas; b) imágenes de parejas homosexuales y/o heterosexuales en actos carnales; c) imágenes de cadáveres, de cuerpos mutilados, quemados o de otros sucesos de índole similar que reflejan el carácter repulsivo y/o macabro de la muerte violenta"²⁵. También utilizando el amparo, la empresa Editora Sport S.A. recurre ante el Tribunal Constitucional en recurso extraordinario, tras la denegatoria de protección en el Poder Judicial. La máxima instancia en procesos constitucionales consideró que una norma reglamentaria como la recurrida no podía contener el desarrollo de derechos fundamentales, como la expresión y la información, aunque esta aseveración no obsta para que si "con determinaciones publicaciones se lesiona gravemente el honor de las personas o la educación y la moral", la autoridad municipal "se encontraría inexcusablemente obligada a denunciarlos"²⁶, configurándose lo que se conoce como responsabilidad ulterior.

Tal como ha sido desarrollado jurisprudencialmente, la censura previa está centrada en los ámbitos administrativo, político o económico. Sin embargo, la situación cambia totalmente cuando el examen a realizarse sea netamente judicial, y ya no inserta en tales espectros. La censura no puede ser lo suficientemente amplia como para incorporar una negativa a la judicatura a intervenir en estos supuestos, más aún si el propio ordenamiento jurídico prevé formas de protección preventiva, específicamente cuando se trata de derechos fundamentales. Se debe aceptar que la imposibilidad de censura previa no puede ni debe incluir la 'revisión anticipada judicial' de un caso referido a los derechos de respeto propio²⁷, al reconocer que "la 'ética del tiempo', de la responsabilidad y el ejercicio oportuno del conocimiento, ha de ir estrechamente vinculada a la necesidad de prevenir, a la capacidad de anticiparse a los hechos"²⁸, toda vez que aceptar una censura previa significa "condicionar la publicación de una información al previo plácet de la autoridad, pero no lo es, en absoluto, que un juez... prohíba la publicación difamatoria objetivamente falsa o lesiva del derecho a la intimidad personal"²⁹.

25. Ordenanza N.º 009-96-MDL que regula la exhibición de publicaciones en la jurisdicción del distrito y su venta a menores de edad, 1.

26. TC, STC N.º 057-95-AA/TC, Caso Editora Sport S.A., fund. 11.

27. Tal como se propone en Kazakstán [C, 20.5].

28. MAYOR, Federico. Medios de comunicación y cultura de paz. Puebla, 1997, p. 11.

29. PANTALEÓN, Fernando. "La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa", en Derecho Privado y Constitución, año 4, núm. 10 (1996), p. 215.

La intervención judicial *ex ante* es lo que se debe entender como un control previo plenamente constitucional. Tal examen judicial estará plenamente justificado si es que media la salvaguardia de otro derecho fundamental: al saberse que el titular de un derecho va a ejercerlo de manera abusiva, el ordenamiento no puede permitir que, a través de éste, se afecte otro³⁰. En tal sentido, "en la medida que la tutela judicial preventiva puede resultar el medio más idóneo para conjurar daños graves e irreparables a los bienes y derechos citados, negar esta posibilidad supondría actuar en el sentido contrario al objetivo de 'afianzar la justicia'... pues impediría actuar contra cierta clase de acciones y situaciones injustas"³¹. De otro lado, en Derecho Comparado sí se ha permitido la actuación judicial anticipada en ciertas materias. Cuando se posibilita el secuestro de una publicación si existe una resolución judicial³², se está hablando de medidas que impidan o hagan cesar inmediatamente la intromisión ilegítima en los derechos al honor o a la vida privada, dependiendo del caso de que se trate³³. Más claro aún, también se ha llegado a señalar que "la manera del ejercicio de libertad de la prensa y provisiones adecuados para prevenir y castigar algún abuso de eso se regulará por la ley"³⁴, determinación clara y precisa que sí se puede 'prevenir' una afectación de un derecho fundamental.

En conclusión, la interpretación institucional posibilita un mayor análisis de las normas expuestas en la Constitución, y no solamente quedarse en una revisión hermenéutica de las mismas. Por tanto, "no puede adoptarse una interpretación literal, amplia y rígida de la noción de censura previa, que involucre dentro de ésta a una decisión judicial de amparo destinada a proteger el derecho a la intimidad"³⁵ y otros derechos más. En caso contrario, solamente permitirá la protección de 'derechos a medias'³⁶, y ello no puede estar permitido en un Estado Democrático de Derecho.

30. Es más, las propias normas de la CADH y de la Constitución cuando señalan que las vulneraciones a partir de los derechos de comunicación del discurso son castigadas de manera sucesiva al daño cometido, no dice expresamente que 'sólo' sea posible imponer responsabilidades posteriores. Es decir, en ningún momento cierra completamente las puertas para el control previo de una posible vulneración al derecho de las personas. De esta forma, el propio TC nacional asume que deben vedarse todos los medios de control "al no actuar con carácter preventivo, siempre han de operar en nuestro ordenamiento jurídico como mecanismos reparadores a activarse en la vía judicial ordinaria" [STC N.º 666-96-HD/TC, fund. 2.a].

31. SERNA, Pedro. "La llamada 'censura previa judicial' y el Derecho Constitucional argentino. Consideraciones a partir de la Constitucionalización de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Liber Amicarum*: Héctor Fix-Zamudio". Tomo II. San José: CIDH, 1998, p. 1419.

32. Tal como sucede en el caso hispano [C, 20.5].

33. LÓPEZ DÍAZ, Elvira. El derecho al honor y a la intimidad. Madrid: Dykinson, 1996, p. 32.

34. Según la experiencia de Angola [C, 35].

35. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. "La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano", en *Ius et veritas*, año X, núm. 20 (2000), p. 71.

36. ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO. Responsabilidad de los medios de prensa. Libertad de expresión y derechos personalísimos. Ejercicio abusivo de la libertad de información. Responsabilidad penal de editores y directores. Obtención de información por medios ilícitos. Noticias inexactas, falsas y erróneas. Derecho de respuesta. Buenos Aires: Astreas, 1993, p. 124.

IV. La legitimidad de la actuación judicial

Que se haya permitido al juez actuar para prevenir o impedir intromisiones ulteriores no significa necesariamente que la efectividad de las medidas que se adopten³⁷, pues éstas no llegan a ser concebidas como instrumentos que le permiten "con toda amplitud y sin problemas de interpretación, hacer cesar, sancionar y aún prevenir cualquier tipo de daño cometido o que potencialmente pudiera cometerse contra la persona"³⁸. Considero pertinente insistir en que su actuación debe ser mesurada y consciente, de acuerdo a reglas jurídicas claras y a un pensamiento constitucional adecuado.

Sin embargo, en los organismos hemisféricos, se ha asumido una posición contraria a asistir de amplias facultades a los juzgadores, en vista de un argumento irracional y fácilmente rebatible. Se niega toda posibilidad, inclusive judicial, de control del discurso, tomando en cuenta que *el principal problema es el funcionamiento del propio Poder Judicial*. Si éste gozara de confianza por parte de la ciudadanía y de los propietarios y periodistas de los medios de comunicación social, no existirían problemas de aceptación de una solución como la planteada, por estar arreglada a la Constitución. La contingencia de un servicio al poder, ya sea económico, fáctico o político es una preocupación para los que informan, pues podría ser utilizado para acallar al periodismo independiente y crítico. Por ende, se ha señalado que "la admisión de la tutela judicial preventiva puede generar una gran inseguridad, o convertirse en un medio de control indirecto por parte del gobierno, esto es, puede llegar a cumplir las mismas funciones, ajustadas a los mismos fines, que la censura previa"³⁹. La preocupación es realmente válida, pues como ya se dijo en la época dictatorial es muy común el control mediático, y la impaciencia y turbación son compartidas por todos los países de la región. Sin embargo, creo que es exagerado que para cubrirse, los periodistas estén en capacidad de vulnerar cualquier derecho de la persona. Además, el problema es, antes que jurídico, de realidad nacional. Con esta misma lógica, el PJ no podría intervenir en ningún proceso pues siempre actuaría sometido a los designios del poder.

37. SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas. Madrid: CEC, 1990, p. 383; asimismo, SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho. Barcelona: Ariel, 1987, p. 123.

38. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano. Lima: Studium, 1987, p. 66.

39. SERNA, Pedro. "La llamada 'censura previa judicial' y el Derecho Constitucional argentino", Ob. cit. p. 1429.

Adicionalmente a este argumento de crítica, no hay que olvidar que la censura previa no sólo puede directa sino también indirecta. Es decir, no basta que en un proceso judicial abiertamente se censure un discurso, o que la administración realice actos contrarios a la eficacia de la comunicación del discurso. En este sentido, la CADH también ha recogido que “no se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”⁴⁰, medio encubierto de afectación que también está proscrito explícitamente en el Constitucionalismo Comparado⁴¹. Por eso, tampoco hay que preocuparnos excesivamente de cómo actúa el PJ si existen otros medios que pueden ser utilizados para controlar los discursos.

De este hecho no está ajeno el Perú, el cual en las elecciones presidenciales del 2000, observó impávido cómo es posible controlar previamente un discurso sin acudir al clásico estilo judicial revisado. Los métodos utilizados fueron más sutiles: el secuestro de toda la televisión de señal abierta (se dedicó a ensalzar las virtudes del régimen, a no criticarlo y a atacar a los candidatos de oposición), el retiro del aire de una radio ‘peligrosa’ (antes de que se pudiese a escuchar a uno de los periodistas opositores al gobierno más temidos por el ex dictador, se embargó los aparatos esenciales para la emisión de la señal de 1160 Radio) o la pérdida de la nacionalidad de un empresario televisivo cuando éste se había convertido en un impetuoso crítico del régimen (caso de Baruch Yvcher)⁴². Entonces, bajo un parámetro de doble moralidad, en el propio gobierno de Fujimori, se dictó aquella Constitución que impidió la censura previa, y como se pudo observar, ello no fue garantía de nada, pues el dictador controló cuando y cuanto quiso a los medios de comunicación del país. Por lo tanto, la realidad sobrepasó la normatividad, y en tal sentido, no puede cerrarse una vía que arrastra la indefensión de las personas comunes y corrientes, si es que se sabe que un gobierno que quiere controlar los medios, lo hará con normas que se lo prohíban o sin ellas.

40. CADH, 13.3.

41. El tratamiento del control previo indirecto ha sido realizado de la manera más diversa, tal como se aprecia en Guatemala [C, 35 (a través de concesión)], Honduras [C, 74 (abuso de controles oficiales o particulares del material usado para la impresión; de las frecuencias o de enseres o aparatos usados para difundir la información)], Portugal [C, 38.5 (ningún régimen administrativo o fiscal ni la política de crédito o de comercio exterior podrá afectar directa o indirectamente estos derechos, debiendo la ley garantizar los medios necesarios para la salvaguardia de la independencia de la prensa ante los poderes político y económico)] o Paraguay [C, 27 (se prohíbe toda práctica discriminatoria en la provisión de insumos para la prensa, así como interferir las frecuencias radioeléctricas y obstruir, de la manera que fuese, la libre circulación, la distribución y la venta de periódicos, libros, revistas o demás publicaciones con dirección o autoría responsable)].

42. Este tema lo trabajé en el artículo “Perú, televisión con futuro”, en *Ius et veritas*, año X, núm. 20 (2000), pp. 10, ss.

V. El pláceme constitucional del control previo

Entonces, el argumento sobre la sumisión judicial para evitar el control previo de derechos fundamentales no es válido en un Estado que se jacte de social y democrático de derecho. Por eso es necesario encontrar los caminos que la propia Norma Fundamental posibilita a fin de que a partir de ella misma se acepte una argumentación como la que me encuentro planteando.

Si se toma en cuenta la imposibilidad de censura previa como garantía de los derechos de comunicación del discurso presentado bajo la forma de un derecho-regla, no se le entenderá como desmedido o general algún tipo de intervención judicial preventiva. De esta forma, se asumirá, de una parte, el sentido y respeto por 'todos' los derechos fundamentales, en un sentido de 'integralidad', y de otra, llegará a la misma conclusión: encontrar sus márgenes adecuados. En este esquema, habrán dos formas en que puede presentarse la restricción.

- a. Al exhibirse como la garantía de un derecho fundamental -exactamente, de dos: expresión e información-, adquiere las mismas características que el principal; es decir, todo derecho *posee el carácter de limitado*, razón más suficiente para también entender que un resguardo para su ejercicio también debe ser considerado en esta misma línea: tanto derecho como garantía están condicionados por el resto de normas constitucionales.
- b. De otro lado, si se le considera como una regla que coadyuva el contenido de un derecho-principio -como puede ser la expresión o la información-, todo esto según la teoría argumentativa, y se observa a la norma del proceso de amparo también como una regla, entraríamos a un conflicto de reglas⁴³.

La satisfacción a este caso se da o través de la eliminación de una de ellas o introduciendo una excepción. Esta última debe ser la solución adecuada y aparecerá entonces una regla final como la que sigue: 'toda persona ejercitará sus derechos a la expresión y a la información sin previa autorización, ni censura ni impedimentos algunos, **salvo que** exista un hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución', dentro de los cuales lógicamente se encontrarán los de respeto propio.

Entonces, la aptitud del control previo puede y debe ser reconocida plenamente. Su vigencia dentro del ordenamiento es substancial e imprescindible para

43. Sobre este tipo de normas, ALEXY, Robert. La teoría de los derechos fundamentales. Madrid: CEC, 1993, pp. 86, 87.

la protección de derechos como el honor o la vida privada de las personas⁴⁴. Además, aunque si lo que se buscara a través de su ausencia fuera la protección real de la comunicación del discurso, ello se desdice completamente con la actividad de los gobiernos antidemocráticos, puesto que muchas veces -y sin razón jurídica válida- han intentado controlar los mensajes, según sus intereses y evitando la crítica hacia ellos, sin ingresar a subvertir cimientos del PJ. Coherente con lo señalado, en Derecho Comparado se han mostrado diversos **límites a la censura previa**. Es decir, no lo consideran como una garantía o una regla sin frontera alguna. Aparecen contornos como el orden público⁴⁵; los valores éticos y culturales de la sociedad⁴⁶; la incitación a un fuerte cambio constitucional⁴⁷; la protección moral de la infancia y la adolescencia en espectáculos públicos⁴⁸ -único con aplicación al país-; la prevención de la comisión de un delito⁴⁹; el control a la apología del crimen⁵⁰; la vigilancia de la incitación de la violencia⁵¹; el control de propaganda⁵²; la seguridad pública⁵³; la moral⁵⁴; y, los derechos de las personas⁵⁵. Entonces, sí que existen posibilidades de actuación judicial que controlen previamente el discurso cuando se está a punto de vulnerar un derecho fundamental. Así, "con estas medidas no se está censurando la libertad de expresión, ni se está contrariando la norma constitucional que protege dicha libertad, así como la información, sino que se está fijando un límite, ya que de lo contrario estaríamos en el terreno del abuso del derecho y en algunos casos en una manifiesta colisión de derechos con la intimidad de las personas"⁵⁶.

44. Para Peter HÄBERLE, "el hilo conductor de la reflexión... desarrollada sobre los derechos fundamentales y de la acción a favor de estos es la idea de la tutela de la persona (*personaler Schutzgedanke*) en provecho de una realidad óptima de los derechos fundamentales" [La libertad fundamental en el Estado Constitucional. Lima: PUCP, 1997, p. 259].

45. Propuesta mexicana [C, 6].

46. Tal como se prevé en Honduras [C, 75].

47. Planteamiento en Bulgaria [C, 40.2].

48. CADH, 13.4; en idéntica línea, El Salvador [C, 6] y Brasil [C, 220.3.I (corresponde a la ley Federal regular las diversiones y espectáculos públicos, y al Poder Público informar sobre su naturaleza, los límites de edad para los que se recomiendan, los locales y horarios en que su presentación se muestre inadecuada)]. Sobre la protección a la infancia, adolescencia y juventud, Honduras [C, 75].

49. Tratamiento en Bulgaria [C, 40.2] y México [C, 6].

50. En Jurisprudencia Comparada, Caso Verbitsky, Sala I de la Cámara Nacional Federal Criminal y Correccional, 1988-C-247, de Argentina.

51. Desarrollo búlgaro de la materia [C, 40.2].

52. Como se observa en Honduras [C, 75 (bebidas alcohólicas y consumo de tabaco)] y Chile [artículo 19.12.f (sobre todo, publicidad de producción cinematográfica)].

53. Según se propone en Egipto [C, 48 (en caso de guerra)].

54. Previsión normativa en Bulgaria [C, 40.2 (decencia pública)] y México [C, 6].

55. Según se observa en Honduras [C, 75] y México [C, 6].

También ha sido desarrollado por alguna Jurisprudencia Comparada, según la cual existen algunas restricciones previas a la comunicación de un discurso que, lejos de considerarse como un control, puede ser una 'necesidad en una sociedad democrática' [Caso Sunday Times, Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, del 26 de abril de 1979].

56. MORALES GODO, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información. Lima: Grijley, 1995, p. 333; en la misma línea, ZANNONI, Eduardo A. y Beatriz R. BÍSCARO; Responsabilidad de los medios de prensa, Ob. cit., p. 125.

Tal como presenté líneas arriba, el mecanismo más adecuado para la protección de los derechos fundamentales, como la vida privada y el honor, es el **amparo preventivo**. Esta figura está claramente desarrollada en la Constitución, y cuyo desarrollo legislativo se encuentra dentro del Código Procesal Constitucional. Este proceso procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución⁵⁷ con el fin de terminar reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional⁵⁸. Su uso como mecanismo para controlar previamente un discurso es de lo más adecuado y conveniente. Sin embargo, en un proceso llevado a cabo por un periodista y un congresista de la oposición, contra el Presidente del Consejo de Ministros, Ministro del Interior y Ministro de Defensa, por la propalación de un spot publicitario a través de dos canales de televisión, en el cual se les presentaba a la opinión pública como personas que están empeñadas en dañar el prestigio de las Fuerzas Armadas, el Tribunal Constitucional secuestrado por Fujimori expresó, partiendo de la proscripción de la censura previa, que “el que las libertades informativas ejercidas a través de los medios de comunicación social... no constituyan derechos a propósito de los cuales se pueda predicar un carácter absoluto, y al mismo tiempo respecto de los cuales no pueda intentarse de manera previa un control a través de un Amparo, no significa que la persona quede en absoluta indefensión, cuando ello suponga que con su ejercicio se haya generado violaciones de otros derechos constitucionales, pues nuestro ordenamiento jurídico ha previsto que los mecanismos de control frente a este género de conductas habrán de intentarse siempre en forma reparadora, haciéndose uso de los diversos mecanismos que nuestro ordenamiento procesal ordinario prevé”⁵⁹. Pese a ello, es el amparo la vía idónea para la protección de cualquier derecho fundamental, esté o no en juego los derechos de comunicación del discurso.

En sede infraconstitucional, el país también ha presentado otras formas de control judicial previo. Una ya no existe, pero la otra aún sí. La primera, prevista en el Código de Procedimientos Penales, señalaba que “formulada la denuncia y en tanto no se defina la situación jurídica del denunciado o inculpado, las partes no harán uso de los medios de comunicación social para referirse a sus respectivas

57. C, 200.2.

58. CPCo, 1.

59. TC, STC N.º 168-98-AA/TC, fund. 2.b.

En la misma línea, STC N.º 748-2000-AA/TC, fund. 2 (“las violaciones a los derechos constitucionales invocados no pueden ser reparados en esta vía, cuya función no consiste en reparar daños consumados, sino en hacer retornar las cosas al estado en que estaban cuando se produjo la violación”).

personas y/o al hecho o dicho imputado, relacionados con el proceso"⁶⁰. Sin embargo, a raíz de un famoso caso⁶¹, la norma fue derogada por intermedio de la Ley N.º 26773, de 1997, tras la interposición por parte del Defensor del Pueblo de una demanda de inconstitucionalidad contra la misma⁶². La otra forma de control judicial está señalada en Código Procesal Civil, y protege un supuesto de la vida privada como forma de **medida innovativa**, forma de resguardo que puede darse de manera preventiva. Dentro del marco de esta medida⁶³, se señala que en caso de pretenderse "el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida persona o familiar... puede el juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada"⁶⁴. Un precepto como éste presenta dos supuestos: el reconocimiento y el restablecimiento, siendo de interés el primero de ellos, puesto que a través de él se protege ante la amenaza de vulneración. Pese a la norma explicada, existe un famoso caso nacional, que fuera resuelto en vía civil, pero no a través de tal medida innovativa, sino por intermedio de la responsabilidad extracontractual subjetiva⁶⁵. En 1999, Carlos Vidal escribía *La Señito* y causaba un revuelo total en el ambiente artístico de Lima. El ex-novio de una famosa conductora televisiva nacional relataba con lujo de detalles, vivencias, problemas, relaciones sexuales, alegrías, todo lo vivido por una de las parejas más conocidas de hace unos años. Contó hechos más allá de los conocidos por el público: "Nuestras pieles aún frescas del baño se tronaron calientes. Habíamos ingresado al libre juego de la seducción en la que ninguno admitía un momento de calma... Me dio la impresión que no había tenido relaciones en bastante tiempo y eso me gustaba. El éxtasis llegó al punto que sin darme cuenta y sólo por la razón de dos cuerpos deseosos de amarse ya la tenía encima mío... Podía sentir sus pechos duros y henchidos jugueteando con mis pectorales, su vientre restregando sobre el mío mientras hacía malabares para sacarme el short sin tocarlo con las manos... Llegamos a unirnos sin ningún tipo de contemplaciones. Mi mundo se llenó de ella y ella del mío, hasta que las sábanas se rindieron a nuestros orgasmos conjugados con caricias y ternuras, que creímos durarían para siempre"⁶⁶. En puridad, no existe interés alguno de la población para enterarse

60. CdePP, 317.

61. PJ, Caso Fernando Zevallos c/ Nicolás Lúcar y otros.

62. Claramente explicada por la DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Primer Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República 1996-1998. Lima, 1999, pp. 301, ss. Tras señalar que dicha norma violentaba el principio de presunción de inocencia, tras lo cual el TC señaló la sustracción de la materia, razón por la cual no se pronunció sobre el fondo [STC N.º 020-96-I/TC, S-333, fund. 2].

63. Según ésta, "ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de derecho o de derecho cuya alteración vaya a ser... sustento de la demanda" [CPCI, 682].

64. CPCI, 686.

65. "Aquel que por dolo o culpa causa un daño está obligado a indemnizarlo" [CC, 1969], sobre la base de la afectación al derecho a la intimidad e imagen [CC, 14, 15].

66. VIDAL, Carlos. *La Señito*. Lima, 1999, pp. 70, 71.

de ello, salvo la malsana curiosidad e indiscreción de muchos, motivo que me lleva a concluir la afectación del derecho de la artista, pues “los hechos íntimos narrados por el autor, no tienen ninguna relación con la actividad que actualmente desempeña el personaje público”⁶⁷. Sin embargo, a la hora de resolver, el juez tan solo determinó que al no haberse observado el asentimiento de Gisela Valcárcel para escribir el relato y siendo ésta plenamente identificable, tanto el autor como su empresa editorial eran responsables, y -he aquí lo interesante para el presente trabajo- “prohibiéndoseles a los referidos demandantes la impresión, reimpresión, edición, reedición, publicación, distribución y/o comercialización en forma parcial o total del libro *La Señito*, o bajo cualquier otro título”⁶⁸, lo cual se tradujo en la denegación tácita de la posibilidad de escribir la segunda parte del libro, la cual estaba anunciada en la primera entrega.

De lo mostrado, existen mecanismos jurídicos tanto en el ámbito constitucional (amparo preventivo) como en el infraconstitucional (medida innovativa) que permitirían a la persona ser tutelada ante cualquier amenaza de violación de sus derechos fundamentales. Tales preceptos no involucran para nada una violación de la proscripción de la censura previa, sino más bien compatibiliza su sentido con la unidad que la misma Norma Fundamental recoge en su seno, máxime si es un principio constitucional la protección de la dignidad de la persona humana⁶⁹. Lo que también es cierto es que el PJ o el TC deben ser lo más cuidadoso posible para que realicen su actuación de la mejor manera posible, y siempre siguiendo los márgenes que la Constitución ha establecido.

67. MORALES GODO, Juan. Los personajes públicos y el derecho a la intimidad. Lima, 1999, p. 12.

68. PJ, Sentencia N.º 4643-99, de 1999.

69. C, 1, 3.

VI. El control judicial según los cánones constitucionales

Si existiese un control de las informaciones inadecuadas coherente con los principios constitucionales, no creo que hubiese crítica alguna a la actuación judicial. Por ejemplo, cuando las juezas Minaya y Saquicuray decidieron abrir proceso penal contra el empresario Faisal por la Asociación Pro Defensa de la Verdad – APRODEV, que en su página web, sección ‘Personajes en negro’ insultaba sin clemencia a los opositores al régimen fujimontesinista, nadie se animó a realizar críticas cuando ellas ordenaron “como medida cautelar, el retiro de internet de la página electrónica elaborada por dicha institución”⁷⁰. A mi entender, podría controlarse previamente el contenido de un discurso, si existe un ‘riesgo claro’ de afectación de los derechos de respeto propio, hasta como una forma de medida preliminar⁷¹. La imposibilidad del control previo ha buscado ser protegida desde la época de Milton, quien siempre criticó la censura del discurso⁷².

Pero la dificultad contemporánea ha sido cómo presentar este impedimento al Estado de manera correcta. Según la *Clear and Present Danger Doctrine*, creada por Holmes, se debe analizar la proximidad y el grado del discurso respecto a dicha afectación⁷³. Por eso, se debe tomar como criterio básico para controlar la expresión e información, aquellos discursos que conllevan un riesgo inminente de causar un comportamiento materialmente violento y dañino, y que no pueden ser contrarrestadas a tiempo con más expresión, con discusión o debate. Asumiendo esta premisa básica del riesgo, la cuestión se traslada a otra inquietud: ¿cómo determinar dicho peligro claro e presente?. Para ello se puede recurrir a un análisis económico de la posibilidad

70. Por lo menos no se observa tal reproche por parte de la conservadora DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Situación de la Libertad de Expresión, Ob. cit., p. 111.

71. Y recogiendo lo que dice Samuel ABAD YUPANQUI -aunque refiriéndose a la medida cautelar en el Amparo-, para que se pueda hacer un control judicial previo se requieren de los siguientes requisitos [“La medida cautelar en la Acción de Amparo”, en Derecho PUC, núm. 43-44 (1990), pp. 410, ss.]: apariencia del derecho invocado -*fumus bonis juris*-, existencia de verosimilitud, acreditada sumariamente, de que se va a afectar el honor o la vida privada del demandante; peligro en la demora -*periculum in mora*-, requerimiento de actuación judicial urgente para impedir el daño producido por el ejercicio abusivo por la comunicación del discurso; e, irreparabilidad del daño: necesidad de estar ante un agravio considerable, con imposibilidad de revertir una situación jurídica al estado en que se hallaba antes del agravio.

72. *Aeropagítica*, cit. por SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. La libertad de expresión en el Estado de Derecho, Ob. cit., p. 59.

73. La creación del juez norteamericano se da a través de dos precedentes de 1929: casos *Schenk c/ United States* (249 US 47) y *Debbs c/ United States* (249 US 211), seguido por *TRIBE*, Laurence H. *American Constitutional Law*, núm. 36.

de 'prevenir antes que lamentar'. Tomando como base el *Diction de Hand*⁷⁴, Posner propone un cambio a éste, aunque más que cambio es un perfeccionamiento y una complementación. Únicamente (si y sólo si) se podrá controlar previamente un discurso si es que $[V+E] < [(P \cdot L)/(1+i)^n]$ ⁷⁵, planteo que puede ser aplicado con consecuencias positivas. Mejor presento el estudio separado de los componentes de esta propuesta.

i) Coste del valor de la pérdida social derivada de la restricción del discurso ('V')

El primer elemento a ser analizado es el referido a los costes de supresión, definitivamente el punto más sólido del trabajo. Éste depende de tres aspectos: de la naturaleza del discurso suprimido, el valor del discurso suprimido y la cantidad afectada por el discurso suprimido (que a su vez depende de la naturaleza y objeto de la prohibición de emisión, y la robustez del mercado). A partir de la naturaleza y valor del discurso suprimido así como de la cantidad afectada, debemos analizar la forma en el que cada discurso debe ser protegido. Desde esta perspectiva, parecería que un político recibiría una protección mayor que un particular; sin embargo, es muy difícil demarcarlo y tampoco queda claro que sea este criterio más importante que el económico. En segundo lugar, aparecería la llamada 'información en sentido amplio' (artística, técnica, escolar, artística y comercial) frente a una presumible más fuerte como es la política⁷⁶, lo cual no siempre será más fundamental que ellas. Además existe un discurso que posee valor cero, cual es el que sólo expresa intenciones de quien lo formula y que ha sido prohibida por el mercado. Esta clasificación y categorización, por ende, deja algunas dudas, y debe ser complementada por los siguientes.

Tomando en cuenta la naturaleza y objeto de la protección de los derechos fundamentales, la solución óptima en este caso sería a través de una salvaguarda *ex post*, aunque no siempre. Se debe decir que un control previo será preferible si el daño potencial es tan elevado que lo esperable es que su causante no esté en condiciones de indemnizarlo. Además debemos analizar la posibilidad de que el daño sea irreparable

74. El análisis debe centrarse en "si la gravedad del 'mal' descontada por su improbabilidad, justifica a la interferencia en la libre expresión que resulte precisa para el evitar el peligro" [CS ESTADOUNIDENSE, Sentencia Dennis c/ United States, 341 U.S. 494 (1951)], representada en la fórmula $B < P \cdot L$, en donde B es el coste de restringir el ámbito del derecho, incluyendo la pérdida de información valiosa que se puede dar; P, es la probabilidad de que la expresión que se suprimiría cause daño; y, L, el coste social total del daño. Se critica a esta posición que es indeterminada: depende demasiado del clima de excitación política o social del momento.

75. El planteamiento que se presenta a continuación puede encontrarse en SALVADOR CODERCH, Pablo. El mercado de las ideas, Ob. cit., pp. 33, ss. Si bien se encuentra destinado a analizar el desarrollo legislativo de los derechos fundamentales, lo he de trabajar como parte de la posibilidad del juzgador de impedir la publicación de una información o de una expresión.

76. En algunos casos se ha restringido a ciertos ámbitos esta imposibilidad de control previo como el político o el ideológico, tal como sucede en Angola [C, 35] o Brasil [C, 220.2].

para el afectado. Según la robustez del mercado, se debe observar la posible respuesta ante el control del discurso. Estamos frente a la elasticidad de la oferta y la demanda, referida sobre todo a la comunicación del discurso. En los mercados en que más fácilmente puede hacerse de los beneficios de la información, una regulación que la grave no les perjudicará mucho en comparación con el caso de que el productor robusto con una demanda inicial más favorable para su producto encaja mejor en la sociedad aunque también pierda algo. Un ejemplo de este último lo encontramos en el discurso científico, en los que el beneficio revierte casi íntegramente en la colectividad; de aquéllo, en la publicidad comercial, cuyos resultados los va a obtener el empresario que difunde su producto.

Por su parte, el discurso político se ve afectado por tres variables: Si un grupo de intereses sabe que un programa económico del gobierno le va a favorecer tiene los suficientes estímulos para propagar las bondades de éste; sin embargo, los costes de este programa va a ser pagado por toda la población. En segundo lugar, no debe encarecerse un discurso político, puesto que el valor privado de acceder a informaciones para votar correctamente es bastante bajo. Por último, es algo que no beneficia a quien primero lo difunde al ser un bien público por antonomasia. Solamente referido al primer supuesto, las víctimas -el público- tienen un interés muy escaso en el tema pues el beneficio individual derivado de unirse para oponerse a su éxito, caso de tenerlo es reducido. Acá podemos ver la importancia de los medios de comunicación social en subrogarse en el lugar de estos afectados.

ii) Valor del error judicial ('E')

Un segundo tema de análisis está referido a los costes del error legal. Existe mucha posibilidad de error legal tomando en cuenta la parcialidad de los que tomen la decisión; sobre todo si observamos que en el Perú el Poder Judicial se encuentra sometido al gobierno (y casi siempre lo ha estado).

Además debemos tomar en cuenta los sesgos sociales, culturales y gremiales de los juzgadores, y la dificultad de evaluar los costes y beneficios de ideas mediante un procedimiento previo por parte del juzgador.

iii) Beneficios de la supresión ('P L/(1+i)ⁿ')

El tercer y último aspecto del análisis nos lleva a revisar los beneficios de la supresión. Según éste, P es la probabilidad a suprimirse cause daño; L, el coste social total del daño; i, un tipo de interés que descuenta en términos actuales una unidad monetaria de daño producido por el autor; y, n, el número de unidades temporales que median entre el discurso y el daño.

No sólo considera el riesgo claro e inminente, tal como lo había hecho el juez Holmes, ya que la lejanía en el tiempo hace que se vuelva improbable su materialización, básicamente porque otro discurso puede neutralizarlo o porque pueden desmaterializarlo factores distintos. Debemos encontrar aquí el beneficio del control previo: evitar⁷⁷ una acción que afecta la integridad del Estado y la Constitución.

Entonces, como consecuencia de este planteamiento y dentro de un PJ y un TC con un razonamiento adecuado, podría ser cómodo y estar acorde con las doctrinas constitucionales modernas, un control del discurso de manera previa. Éste buscará únicamente prohibir que el daño que produciría el discurso a derechos como el honor y vida privada, se impidan pues una solución de este tipo es socialmente relevante y eficiente económicamente hablando.

Pero esta forma de análisis económico de derecho, los juzgadores pueden utilizarla como un medio para realizar el método ponderativo de la **prohibición de exceso**, pues una solución que optimice derechos fundamentales siempre debe estar basada en pautas que la propia Constitución lleva consigo, aunque no lo exprese directamente. La prohibición de exceso incluye en su seno tres criterios⁷⁸: el de adecuación, el de necesidad y el de proporcionalidad. Según el primero, la determinación de contenidos debe ser congruente con la Constitución y debe responder a una 'suficiencia' del resultado, en clara alusión a los parámetros constitucionales institucionalistas de la consistencia propia de la Constitución y concordancia interna de la misma. La necesidad es un criterio que importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando, analizando su 'prescindibilidad' o no, a fin de elegir entre las medidas posibles, la 'más benigna'. La proporcionalidad, por último, insiste en que la determinación de contenidos no afecte a uno de los dos derechos optimizables, referido a la 'racionalidad' del resultado, entendido como la conveniencia constitucional del objeto o finalidad de la determinación de contenidos.

De la mano con estos criterios genéricos, la relación de la comunicación del discurso y el respeto propio necesitan de dos más de índole específico, bajo el nombre de desarrollo colectivo⁷⁹. Por la proyección pública, la protección respecto al respeto

77. El término 'evitar' nos convoca a prever consecuencias del discurso. Esto es conocido en Jurisprudencia Comparada como el test de la 'incitación' [CS ESTADOUNIDENSE, Caso Branderburg c/ Ohio (395 US 444, 1969)].

78. Sobre el tratamiento de estos criterios como parte de un propósito común genérico, ALEX, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales", Ob. cit., pp. 111, ss.; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. "Derechos fundamentales y desarrollo legislativo". Madrid: CEC, 1994, pp. 295, ss.; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Dogmática constitucional. Talca: Gütemberg, 1997, p. 184; JAÉN VALLEJO, Manuel. Libertad de expresión y delitos contra el honor, Ob. cit., pp. 192, ss.

79. Tanto la prohibición de exceso como la proyección pública han sido desarrolladas últimamente por el TC, en la STC N.º 6712-2005-HC/TC, fund. 40, ss.

propio de una persona con proyección pública debería reducir sus límites⁸⁰ puesto que existe una mayor preocupación del público en saber sobre ella o conocer lo que se opina sobre ella; por ejemplo, si un político “se expone inevitable y deliberadamente, a una fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por los periodistas como por la multitud de ciudadanos, y por ello tiene que mostrarse más tolerante”⁸¹, su protección queda debilitada “frente a la crítica, informaciones y expresiones, en aras del interés general”⁸². Independientemente de las personas siempre públicas (aquellas cuya presencia social es gravitante, las que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad y las que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad, cada una con distinto tipo de protección), se puede utilizar la regla del *matters of public concern*, según la cual algunas materias relativas a servidores públicos pueden considerarse privadas, y algunas figuras son sólo públicas de manera limitada o ‘sectorialmente’⁸³. De otra parte, por el criterio de interés del público, se debe analizar cuándo un discurso integra la opinión pública, ya sea relacionando el asunto con la formación de las ideas de gobierno o conectando el asunto con los intereses y preocupaciones colectivas, y estando referido a ámbitos tan diversos como las comunicaciones interpersonales, los lugares y los acontecimientos. Así, los *matter subject of public or general interest* no debe confundirse este interés del público con la mera curiosidad⁸⁴.

Un buen ejemplo de la utilización de esta mancomunidad de criterios puede ser encontrado en un caso alemán. Un programa de televisión del canal ZDF anunciaba la propagación de una película-documental llamada ‘El asesinato de soldados en Lebach’, en la que se había atentado contra cuatro soldados para robarle armas. Una de las personas condenadas por este delito estaba a punto de salir de la cárcel y consideró que la difusión de tal film afectaría sus derechos, al mencionarse su nombre y aparecer su foto. Tomando en cuenta que las dos normas que están relación (personalidad, para los alemanes, e información) son principios se debe moldear su contenido según las circunstancias del caso, se podía analizar la adecuación y necesidad de la información (revisar los fines del informe dado a la población: eficacia de la imposición de la pena, efecto de intimidación a potenciales actores y fortalecimiento de la moral pública y responsabilidad social). Por eso, el TC decidió finalmente, sobre los argumentos expuestos una solución *iusfundamental*, a favor de

80. Esta reducción del contenido del derecho sólo debe ceñirse a los ámbitos de la vida de personas que son de controversia pública [CS ESTADOUNIDENSE, Caso *Time Inc. c/ Firestone*, 424 US 448 (1976)].

81. Esa ha sido la posición de la CEDH, Caso *Lingens*.

82. O’CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites*. Madrid: Edersa, 1991, p. 68.

83. Propuesta de la CS ESTADOUNIDENSE, Caso *Dun and Brastret Inc. c/ Greenmoss Builders Inc.*, 472 US 749 (1985).

84. En el caso *Ponzetti de Balbín c/ Editorial Atlántida*, el juzgador ha afirmado la existencia de un interés público para conocer la salud de un político, pero luego advierte que dicho interés no justifica la invasión en la vida privada ni la difusión de las fotos del político agonizante [CS ARGENTINA, Causa 1985-B-114].

los peticionantes⁸⁵, pues “una información televisiva repetida... que no responde a un interés actual de información... sobre un hecho delictivo grave... y que pone en peligro la resocialización del actor” no debe estar permitida⁸⁶. Este tipo de control judicial de un discurso a emitirse que parece insertarse plenamente en una correcta interpretación constitucional. Pese a tal determinación, en un caso italiano, se ha sostenido que “es interés de la colectividad el ser informada de aquellas noticias que pongan a la luz aspectos deteriorados de nuestra organización social o hechos de uso asintomático; o el conocimiento y descripción de los episodios criminales, al objeto de hacerlos materia de meditación o de juicio, a fin de contribuir a la formación de un mejor conocimiento social. Puede darse el caso de otras noticias, requeridas por el público, las cuales encuentran terreno fértil en la curiosidad malsana de los usuarios, que advierten sólo el lado escandaloso de los acontecimientos y la descripción de ciertos hechos particulares”⁸⁷.

El criterio de la necesidad pudo también ser utilizado en otro caso de Jurisprudencia Comparada, aunque éste de control *ex post* fue resuelta sobre la base de la felicidad. Gabrielle Darley, que de joven se había dedicado al meretricio y que estuvo implicado en un crimen, aunque luego absuelta, había transformado su vida y en 1919 se había casado con Bernard Melvin, llevando una vida familiar ejemplar. Seis años después, se realizó la película ‘*The Red Kimono*’, exhibida en varios estados norteamericanos, relatándose la historia de la mujer, usando su nombre y promocionándose como un relato verdadero. La ahora señora Melvin, al sentirse afectada por la producción, tras perder amistades y relaciones, inició un proceso, al final del cual recibió una fuerte indemnización debido a la base del derecho al olvido, porque el juzgador consideró que la emisión de sus acciones de adolescente, por más públicas que hayan sido, traen un beneficio menor al perjuicio producido: “el derecho a lograr la felicidad está garantizado por la ley fundamental del Estado de California. Éste, por su propia naturaleza, incluye el derecho a vivir libre de ataques de otros en el disfrute de nuestra libertad, propiedad y reputación”⁸⁸.

85. TC ALEMÁN, BVerfGE 35, 202, del 05 de junio de 1973.

86. Posición de Robert ALEXY. Teoría de los derechos fundamentales, Ob. cit., pp. 95, ss., quien realiza un análisis del caso a través de la doctrina de las tres gradas, y propone una solución no sólo basada en la proporcionalidad, sino en las otras herramientas.

87. CORTE DE APELACIONES DE ROMA, Sentencia del 11 de febrero de 1991, respecto al pedido del señor Tabocchini de evitar la emisión de una información por parte de un canal televisivo sobre ciertas actividades delincuenciales, por estar afectando sus derechos fundamentales.

Congruente con esta decisión, Alfredo BULLARD GONZÁLEZ señala que la “información reciente sobre la conducta criminal de un ciudadano nos puede brindar información relevante sobre la posible conducta futura y la confiabilidad de esta persona. Conforme la información se remonta a tiempos más antiguos, menos relevantes será pues la falta de condena posterior; nos indicaría que posiblemente la persona ha recapacitado y ha cambiado su forma de vivir” [“No se lo digas a nadie”, en *lus et veritas*, año IX, núm. 17 (1998), pp. 175, 176].

88. CS ESTADOUNIDENSE, Caso Melvin c/ Reid (112 Cal. App. 285,297 p. 91).

En este punto se pudo utilizar el criterio de necesidad, pues sin problema alguno se pudo comenzar la película afirmando que el caso era real pero que se cambiaban los nombres verdaderos por motivos obvios, y así el fin que cumplía la película quedaba satisfecho. De hecho, a veces, etapas difíciles de la existencia de una persona que han sido superados con esfuerzo y ahínco, no pueden ser removidas por un motivo meramente económico sin responder a expectativas sociales.

VII. Las dificultades de la realización del control judicial

De la exposición de los motivos desarrollados hasta este punto, parece suficientemente consolidado la aceptación de que la constitucionalmente prohibida censura previa no puede acoger en su acepción el control judicial. La protección, entre otros bienes constitucionales, del honor y la vida privada demandan una intervención *ex ante* para que estos derechos no puedan verse esfumados.

Lamentablemente, nuestro TC expresamente ha ido señalando la imposibilidad del respeto propio de convertirse en un límite a tal forma de control⁸⁹. Pero, ¿cuál ha sido su argumentación en el caso concreto? La respuesta la dio en un proceso de *habeas data* iniciado contra la empresa propietaria de una emisora radial, y contra los periodistas de la misma, a fin de que se abstuvieran de difundir noticias inexactas, pues supuestamente afectaban los derechos a la banca, la garantía del ahorro, la libre contratación, y la estabilidad de los trabajadores de la entidad financiera. Si bien la solución del máximo intérprete de la Constitución debe darse gracias a la ponderación entre derechos fundamentales, teniendo como frontera de los derechos al honor y vida privada, a la censura previa, quedando sólo el camino de la responsabilidad posterior, “tal criterio, a su vez, es el mismo que ha sostenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos:... ‘El abuso de la libertad de expresión no puede ser objeto de medidas de control preventivo sino fundamento de responsabilidad para quien lo haya cometido’ (OC-5/85, citada, párrafo. 38 y 39, respectivamente)”⁹⁰.

Entonces, el camino de protección previa parece encontrarse cerrado a partir de la tendencia continental. Adicionalmente, la CmIDH ha sido muy clara al respecto,

89. “En modo alguno puede olvidarse este Supremo Intérprete de la Constitución que cuando como consecuencia del ejercicio de las libertades informativas, se transgredan otros derechos constitucionales, como al honor, a la buena reputación, a la imagen o la voz, como en el caso de autos alegan los accionantes, su tutela no puede significar que con carácter preventivo se impida a un medio de comunicación social, cualquiera sea su naturaleza, propalar la información que se considera como lesiva, pues ello supondría que la cláusula de prohibición de la censura previa o de la proscripción del impedimento para el ejercicio de tales libertades quedara vaciada de contenido, y con él la garantía institucional de la libertad informativa como sustento de un régimen constitucional basado en el pluralismo” [STC N. 168-98-AA/TC, fund. 2.a].

90. TC, STC N. 0905-2001-AA/TC, fund. 15.

al emitir un informe que desarrolla expresamente el tema de los alcances de la censura previa. Francisco Martorell publicó en Argentina, el libro 'Impunidad Diplomática' (1993); al día siguiente iba a hacerlo en Chile. Este texto narraba las circunstancias que obligaron al embajador argentino Spinoza a huir del gobierno de Pinochet. Antes de la publicación en el país mapocho, un empresario (Andrónico Luksic) interpuso una demanda de amparo -en Chile, recurso de protección- por señalar que el libro vulneraba su derecho a la vida privada. La Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago dictó una orden de no innovar, prohibiendo temporalmente el ingreso, distribución y circulación del libro, sentencia que fue confirmada en la Suprema del país del sur. El caso fue a la CmlDH, la misma que señaló que la sentencia nacional vulneraba la imposibilidad de censura previa estipulada en la CADH y debía publicarse el libro estando, eso sí, sujeto a responsabilidades ulteriores. Si bien considero interesante el principio del que parte el juzgador internacional ("la Comisión no puede aceptar el punto de vista del gobierno de Chile en el sentido de que el derecho al honor tendría una jerarquía superior que la que tiene el derecho a la libertad de expresión"), finalmente termina, sin argumento razonable desde un punto de vista racional, sino basándose en un análisis literal de la norma supranacional, evitando la protección previa ("recomendar al Estado de Chile que levante la censura que, en violación del artículo 13 de la Convención Americana, pese con respecto al libro Impunidad Diplomática")⁹¹. De esta forma, "la plausible admisibilidad constitucional de la tutela judicial preventiva de daños a derechos fundamentales y otros bienes de naturaleza pública derivados de informaciones... queda impedida si se considera el bloque de la constitucionalidad en su conjunto, pues dicha tutela resulta incompatible con el art. 13 CADH"⁹².

De otro lado, se encuentra la decisión de la CIDH sobre un caso también chileno. Luego que el Consejo de Clasificación Cinematográfica negara la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo', solicitada por la *Universal International Pictures*, se inició un proceso de protección, el mismo que terminó en la instancia supranacional, la cual determinó que "en Chile existe un sistema de censura previa para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica y que el Consejo de Clasificación Cinematográfica prohibió en principio la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo' y luego, al recalificarla, permitió su exhibición para mayores de 18 años... Posteriormente, la Corte de Apelaciones de Santiago tomó la decisión de dejar sin efecto lo resuelto por el Consejo de Clasificación Cinematográfica en noviembre de 1996 debido a un recurso de protección... 'por y en nombre de... Jesucristo, de la Iglesia Católica, y por sí mismos'; decisión que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Estima este Tribunal que la prohibición de la exhibición de la película 'La Última Tentación de Cristo' constituyó, por lo tanto, una censura previa impuesta en violación al artículo 13 de la Convención"⁹³.

91. CmlDH, Informe 11/96, caso n° 1 230 (Francisco Martorell c/ Chile), 3 de mayo de 1996.

92. SERNA, Pedro. "La llamada 'censura previa judicial' y el Derecho Constitucional argentino", Ob. cit., p. 1436.

93. CIDH, Caso la Última Tentación de Cristo, Sentencia de 5 de febrero de 2001, párr. 71.

VIII. Conclusión

Es así como es posible manifestar que “no compartimos la interpretación de la Comisión y la Corte Interamericana que equiparan automáticamente los mandatos judiciales que suspenden temporalmente o prohíben la difusión de alguna información o publicación, por encontrar que violan algún derecho fundamental de la persona, como la intimidad por ejemplo, como una forma de censura previa”⁹⁴. Por tanto, la solución planteada en sede internacional está lejos de convertirse en una forma conveniente de protección de la persona, fin supremo de la sociedad y el Estado, y para que en el caso nacional pueda ser dejada de lado, el juez debe ser lo suficientemente valiente y fundamentado como para hacerlo.

Por tanto, no es ilógico señalar que “nada grave le ocurriría a la Constitución, a la Democracia o al Estado de Derecho porque un día un periódico apareciera con un recuadro negro en el lugar en que un juez está convencido de que iba a publicarse una información difamatoria objetivamente falsa o una noticia que violaría el derecho a la intimidad de una persona”⁹⁵. Ojalá eso suceda. Y pronto, por el bien del respeto de las personas y la consolidación del Estado social y democrático de derecho en nuestros países que tanto lo necesitan.

94. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal. Lima: Palestra, 2004, p. 77.

95. PANTALEÓN, Fernando. “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, Ob. cit., p. 217.